

C-495-16

Sentencia C-495/16

FACULTAD DEL PRESIDENTE DEL JURADO DE VOTACION, DE DISPONER LA PRIVACION DE LA LIBERTAD DE QUIEN NO ACATE LA ORDEN DE RETIRARSE DE LA MESA DE VOTACION POR PERTURBACION DEL EJERCICIO DEL SUFRAGIO-Cosa Juzgada Constitucional respecto de la inconstitucionalidad en sentencia C-329 de 2016

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Clasificación

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Efectos

Referencia: expediente D-11201

Actores: Juan Camilo Rodríguez Arias y Ricardo Torres González.

Acción Pública de inconstitucionalidad contra el artículo 118 (parcial) del Decreto 2241 de 1986 “por el cual se dicta el Código Electoral”.

Magistrado Ponente:

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia:

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad establecida en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, los ciudadanos Juan Camilo Rodríguez Arias y Ricardo Torres González demandaron el artículo 118 parcial del Decreto 2241 de 1986 “por el cual se dicta el Código Electoral”, por considerarlo vulneratorio de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política. Mediante Auto del tres (03) de febrero de dos mil dieciséis (2016), el Magistrado

Sustanciador decidió inadmitir la demanda al considerar que ésta no cumplía con el requisito de suficiencia exigido por la jurisprudencia constitucional, por lo que se les concedió un término de tres (03) días para corregir la demanda.

De conformidad con lo anterior, el día nueve (09) de febrero de dos mil dieciséis (2016) se recibió en la Corte el escrito de subsanación de la demanda, con el que se logró superar el defecto advertido. Mediante Auto del veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016), esta Corporación procedió a: (i) admitir la demanda; (ii) disponer su fijación en lista; (iii) comunicar sobre la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Fiscalía General de la Nación, al Consejo Nacional Electoral, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Defensoría del Pueblo; (iv) invitar a las Facultades de Derecho y Jurisprudencia de las universidades de los Andes, Javeriana, Militar Nueva Granada, Rosario, Sergio Arboleda, Gran Colombia, Católica, Libre, Santo Tomás, Sabana, Externado, Nacional, del Magdalena, del Norte de Barranquilla, Santiago de Cali, Javeriana de Cali, de Nariño, así como a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la organización nacional Dejusticia y a la organización Misión de Observación Electoral (MOE), para que participen en el debate jurídico que por este juicio se propicia; y (v) correr traslado de la demanda al señor Procurador General de la Nación para que rinda el concepto de su cargo en los términos que le concede la ley.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

## II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del artículo 118 (parcial) del Decreto 2241 de 1986 “por el cual se dicta el Código Electoral”, según su publicación en el Diario Oficial No. 37571 del primero (1º) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986), y se subraya el aparte acusado:

“DECRETO 2241 DE 1986

(Julio 15)

Por el cual se dicta el Código Electoral

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En uso de las facultades extraordinarias que le confiere la ley 96 de 1985, previo dictamen del Consejo de Estado.

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 118. El Presidente del Jurado ordenará que se retiren las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio. Si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones.”

### III. LA DEMANDA

1. Preliminarmente, advierten que el ordenamiento jurídico debe adecuarse a los derechos y principios que consagra la Constitución Política, por lo que las normas, sean anteriores o posteriores a su entrada en vigencia, deben alinearse a los postulados constitucionales. Así bien, las normas proferidas antes de la entrada en vigencia de la Carta de 1991 solo pueden ser corregidas de dos maneras; por medio de la derogatoria expresa o tácita de otra ley, o a través de las demandas de inconstitucionalidad.

2. Indican los demandantes que la norma acusada prescribe la privación de la libertad de manera arbitraria, sin mediar una orden judicial y por disposición de una autoridad que no es competente para hacerlo, vulnerando así lo dispuesto en los artículos 28 y 29 Superiores, como se explicará a continuación.

3. Sostienen que en efecto, el artículo 28 ibídem consagra que “Nadie puede ser (...) reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”; sin embargo, la norma acusada dispone que el Presidente del Jurado de Votación –que no es una autoridad judicial- podrá ordenar la privación de la libertad de una persona hasta el otro día, si a su arbitrio lo considera y sin

necesidad de mediar una orden escrita emanada por un juez de la república.

4. Al respecto señalan que conforme a la jurisprudencia constitucional, la privación de la libertad solo procede por orden escrita proferida por una autoridad judicial, salvo que se trate de una captura en flagrancia por la comisión de un delito.

5. Afirman que el aparte acusado atenta contra el derecho a la libertad personal contenido en el artículo séptimo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual integra el bloque de constitucionalidad conforme a lo previsto en el artículo 93 Superior.

6. Por otro lado, manifiestan que el aparte del artículo 118 acusado transgrede el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, al permitir que una autoridad administrativa y no judicial, tenga la facultad de privar de la libertad a quien considere esté obstruyendo el normal desarrollo del ejercicio del sufragio, sin la observancia de ninguna garantía procesal y sin la posibilidad de “ser escuchado, controvertir, presentar pruebas, defenderse con abogado e impugnar”.

7. En este sentido, solicitan que se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986 “por el cual se dicta el Código Electoral”.

#### IV. INTERVENCIONES

Vencido el término de fijación en lista el día dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016), y en cumplimiento de lo ordenado en virtud del Auto del veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016), se recibieron a través de la Secretaría General de esta Corporación, los escritos de intervención ciudadana de la Universidad del Rosario, de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de la Universidad Santo Tomás, de la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales, de la Pontificia Universidad Javeriana, del Ministerio de Defensa y de la Universidad de la Sabana, respectivamente.

##### 1. Universidad del Rosario

La Directora de la Oficina Jurídica de la Universidad del Rosario, señora Catalina Lasso Ruales, informa que en esta oportunidad, por razones administrativas, no es posible atender el requerimiento elevado por esta Corporación.

## 2. Registraduría Nacional del Estado Civil

La apoderada judicial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, señora Luz Dary Dueñez Picón, apoya la constitucionalidad de la norma y en ese sentido, solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

2.1. Indica que el Código Electoral vigente en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra contenido en un Decreto con fuerza de ley, proferido por el Presidente de la República, por las facultades que le confería la Constitución Política de 1886 y por la coyuntura política del país, puesto que el Gobierno Nacional, en aras de reglar materias que le competían al Congreso de la República y este omitía, expedía Códigos que regían integralmente diferentes materias.

2.3. Arguye que conforme a los artículos 114 y 152 constitucionales, corresponde al Congreso de la República hacer leyes, y para el caso en concreto le compete expedir la Ley Estatutaria que regule de forma integral la materia electoral, pues en la actualidad existen diversas normas electorales contenidas en leyes estatutarias, pero no se ha proferido el código que reglamente el tema de forma integral, por lo que señala que el Código Electoral sigue vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, éste se expidió a la luz de la Constitución Política de 1886, por lo que mal se haría en realizar un análisis de constitucionalidad de alguno de sus postulados frente a la Carta Política de 1991.

2.4. Propone las siguientes excepciones a los argumentos expuestos en la demanda; “(i) legalidad del acto acusado, en tanto el artículo 118 del Decreto 2241 de 1986 fue expedido conforme a la Constitución y a las leyes, sin que existiere en su contenido situaciones distintas a los fines legales; (ii) infundabilidad (sic) de la acción incoada, debido a la subjetividad con que los demandantes cuestionan el artículo acusado, sin ningún soporte probatorio en que puedan descansar sus aseveraciones, tratando de infundir confusión y dudas en el ánimo de los juzgadores para conseguir sus pretendidos fines; (iii) carencia absoluta del derecho, conforme a los argumentos que se esbozaron en las consideraciones fáctico jurídicas de defensa de la entidad.”

## 3. Universidad Santo Tomás

El decano de la facultad de derecho de la Universidad Santo Tomás, se pronunció frente a los argumentos esgrimidos en la demanda, apoyando la inconstitucionalidad de la norma acusada en los siguientes términos:

3.1. Aduce que comparte los argumentos expuestos por los demandantes, debido a que en su concepto, la norma impugnada vulnera los artículos 28 y 29 Superiores y la normativa internacional ratificada por Colombia, específicamente el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica.

3.2. Frente a la retención transitoria prevista en las normas del Código de Policía, menciona que la Corte Constitucional ha señalado que ésta solo puede operar para proteger derechos constitucionales; “(...) la retención transitoria es una medida de protección destinada a prevenir que una persona que se encuentra en estado de transitoria incapacidad (ebriedad) o de grave, notoria y violenta exaltación, pueda cometer actos que afecten sus propios derechos o derechos de terceros”[1].

3.3. Considera que la orden de retención proveniente del Presidente del Jurado de Votación en los términos del artículo acusado es contraria a lo previsto en el artículo 28 Superior, que exige el mandamiento de autoridad judicial previo. Sin embargo, si se asimila que el perturbador puede afectar un derecho constitucional especialmente protegido, puede admitirse la detención a condición de que inmediatamente sea llevado ante el juez de control de garantías, quien deberá decidir con prontitud si permanece detenido o recobra su libertad y, en el primer caso, el lugar donde debe permanecer; proceder de esta manera armonizaría la protección debida al derecho político del sufragio y el debido proceso que debe regir en toda actuación que limite un derecho fundamental.

3.4. Precisa que si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido ciertas excepciones a la reserva judicial en materia de afectación de la libertad personal, con fundamento en el artículo 32 Superior, para el caso concreto es visible que la norma impugnada no constituye un argumento suficiente para la inaplicación de la reserva judicial, y por el contrario, su desconocimiento acarrea una violación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, a menos que se proceda a la intervención judicial y que la retención se haga para proteger un derecho constitucional en riesgo.

3.5. Concluye que el artículo acusado no se ajusta a los principios y postulados

constitucionales, pues la normativa está desconociendo de manera evidente los derechos fundamentales, como el derecho a la libertad personal y el derecho al debido proceso, establecidos como normas imperativas del Estado Social de Derecho y que bajo ninguna circunstancia deben vulnerarse.

3.6. En consecuencia, solicita que se declare la inconstitucionalidad de la norma acusada o que en subsidio, se declare la constitucionalidad condicionada y se exija que en caso de perturbación para el ejercicio pleno y libre del derecho político del voto, se conduzca al perturbador ante el juez de control de garantías quien deberá decidir sobre su libertad.

#### 4. Fiscalía General de la Nación

El Director Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, señor Rafael José Lafont Rodríguez, solicita que se declare la constitucionalidad condicionada de las expresiones “el Presidente del Jurado ordenará que se retiren las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio” del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986 y la inexequibilidad de las expresiones “si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones” contenidas en la norma demandada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

4.1. Preliminarmente aclara que resulta necesario analizar la constitucionalidad del artículo 118 acusado en su integridad y no solamente la de la segunda frase de su texto; incluso así los mismos demandantes no lo hayan solicitado en el escrito de la demanda. Por ello, la Corte deberá declarar la integración normativa del aparte demandado con la primera frase del texto de la norma acusada; esto en tanto el contenido normativo demandado solo tiene sentido si se le interpreta junto con la primera parte del artículo.

4.2. Asevera que en efecto, uno de los cargos planteados cuestiona la facultad del presidente del jurado de ordenar la retención de los ciudadanos que perturben el ejercicio electoral; dicha facultad está precedida en la norma por la facultad de ordenar el retiro de estos ciudadanos. Lo cual significa que el cargo sólo cobra sentido si se asume que las facultades otorgadas por la norma demandada al Presidente de la mesa de votación, están necesariamente relacionadas entre sí, pues la facultad de ordenar la retención solo es posible si se ejerce la facultad de disponer el retiro de los perturbadores. De hecho la

retención operaría luego de que no se cumpla con la respectiva orden de retiro.

4.3. Concluye que las expresiones “si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones” deben ser declaradas inconstitucionales: (i) según lo dispuesto en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional, toda orden que prive de la libertad a una persona debe estar sujeta a reserva judicial, con las únicas excepciones contempladas expresamente en la Carta Política; (ii) por el contrario, el aparte demandado autoriza al presidente del jurado de votación a ordenar que las personas que perturben el ejercicio del derecho de sufragio, a las cuales se les haya dado previamente orden de retirarse, sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones; (iii) es decir, a una autoridad administrativa que ejerce funciones de carácter transitorio, como lo es el presidente de jurado de votación, sin previa orden de juez competente, se le está otorgando la facultad legal de encarcelarla hasta el día siguiente de las elecciones, vulnerando así el principio de reserva judicial.

4.4. Con fundamento en lo anterior, solicita que: (i) se declare la exequibilidad condicionada de las expresiones “el Presidente del Jurado ordenará que se retiren las personas que en cualquier forma perturben el ejercicio del sufragio”, en el entendido de que el presidente del jurado o cualquier ciudadano pueden aprehender y llevar ante el juez competente a la persona sorprendida en flagrancia perturbando el ejercicio del sufragio mediante la ejecución de cualquiera de los delitos contra los mecanismos de participación democrática[2]; y (ii) que se declare la inexequibilidad de las expresiones “si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones”.

## 5. Pontificia Universidad Javeriana

El Grupo de Acciones Públicas del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Javeriana, se pronunció frente a la inconstitucionalidad de la norma demandada en los siguientes términos:

5.1. Con respecto al principio constitucional de la libertad individual, precisa que únicamente tiene la facultad para ordenar la privación de la libertad una autoridad judicial competente, observando criterios de razonabilidad, proporcionalidad, necesidad y legalidad;

y que en este sentido, el Presidente del Jurado de Votación no tiene la facultad para privar de la libertad a ninguna persona, “por lo que resulta desproporcionada y desmesurada la ley que otorga tal facultad a este servidor público que cumple una función transitoria, únicamente cuando se está en el periodo de elecciones”.

5.2. Frente al derecho fundamental al debido proceso, reseña que las garantías a la defensa, a la asistencia de un abogado y a controvertir las pruebas dentro de un proceso judicial, se violan al darle la facultad a un jurado de votación para decidir acerca de la privación de la libertad de una persona.

5.3. En este sentido, considera que se han esgrimido las razones suficientes para considerar que la norma acusada contraría la Constitución Política, pues viola el derecho individual a la libertad y al debido proceso, resultando ser muy acertados y precisos los argumentos expuestos por el demandante; por lo que solicitan la declaratoria de inexequibilidad de las expresiones impugnadas.

## 6. Ministerio de Defensa Nacional

La señora Sandra Marcela Parada Aceros, en su calidad de apoderada judicial del Ministerio de Defensa Nacional, considera que se debe declarar la exequibilidad de la norma acusada con fundamento en las siguientes consideraciones:

6.1. Preliminarmente diferencia entre el poder de policía, que implica la expedición de normas generales y abstractas que regulan la actividad de los particulares, y la función de policía, que se presenta como una derivación del poder de policía y que se manifiesta en la expedición de actos jurídicos concretos de aplicación de las normas de este tipo. El poder y la función de policía, a su vez, se distinguen de la actividad de policía, que es pura ejecución material de las normas y actos que surgen del ejercicio del poder y la función.

6.2. Con fundamento en lo anterior, solicita que se mantenga incólume la norma acusada, declarando su exequibilidad por cuanto no se evidencia la transgresión a normas constitucionales como lo pretende el actor; “en nada riñe el poder que ejerce el Estado para mantener el orden público y más aún en tratándose de jornada electoral”.

## 7. Universidad de la Sabana

La Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de la Sabana, se pronunció apoyando la inexequibilidad de la norma acusada en los siguientes términos:

7.1. Preliminarmente se plantea el siguiente problema jurídico: “¿Está constitucionalmente habilitado que el presidente del jurado en virtud del artículo 118 del Decreto 2241 de 1986 del código electoral, pueda ordenar que otra persona sea retenida en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones si de alguna forma perturba el ejercicio del sufragio?”

7.2. Manifiesta que la facultad que otorga el artículo en cuestión, permitiría que el Presidente del Jurado de Votación transgreda el derecho natural al ser humano a ser libre y poder circular libremente por el territorio nacional con las restricciones permitidas por la Constitución y la ley.

7.3. Arguye que al respecto el artículo 28 Superior establece que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo que exista un mandamiento escrito proferido por parte de la autoridad judicial competente, y que para el efecto deben cumplirse formalidades legales y los motivos deben estar establecidos previamente en la ley.

7.4. En este orden de ideas, solicita que se declare la inexequibilidad de la expresión acusada contenida en el artículo 118 del Decreto 2241 de 1986.

## V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 242 y en el numeral 5º del artículo 278 Superiores, el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, rindió concepto en relación con la demanda instaurada por los ciudadanos Juan Camilo Rodríguez Arias y Ricardo Torres González contra el artículo 118 (parcial) del Decreto 2241 de 1986 “Por el cual se dicta el Código Electoral”, y solicitó a la Corte Constitucional estarse a lo resuelto en la sentencia que decida la demanda que cursa bajo el expediente d-11123, en el sentido de declarar inexequible el apartado acusado, de conformidad con los siguientes argumentos:

1. Considera que en el presente proceso de constitucionalidad debe resolverse si la

expresión “si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones”, es violatoria de las garantías que envuelve el derecho a la libertad personal de que trata el artículo 28 Superior y el derecho al debido proceso al que se refiere el artículo 29 ibídem, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7º del Pacto de San José de Costa Rica.

2. Señala que para el presente proceso, “la Corte Constitucional deberá estarse a lo resuelto en la sentencia que decida en el proceso que actualmente cursa en esa Corporación bajo el radicado D-11123 y respecto del cual esta vista fiscal rindió el concepto 6046 del veintidós (22) de enero de dos mil dieciséis (2016), en donde precisamente se sostuvo que la disposición ahora nuevamente acusada es abiertamente inconstitucional por cuanto establece una verdadera sanción que implica una restricción fuerte de la libertad, al ser ordenada por quien no es autoridad competente sin mandamiento escrito de quién sí lo es”.

3. Afirma que al efectuar un contraste de la demanda de la referencia con los cargos enervados en la demanda que cursa bajo el radicado D-11123, y sobre el cual se reitera que se rindió concepto con el consecutivo 4046 del veintidós (22) de enero de dos mil dieciséis (2016), se considera que en ambas oportunidades se presentaron los mismos argumentos de inconstitucionalidad, con pequeños matices de diferencia, toda vez que en este caso se adicionó un nuevo cargo consistente en que se vulnera el artículo 7º del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo contenido se corresponde con lo que preceptúa el derecho a la libertad personal reconocido expresamente en la Carta Política. En consecuencia, cuando se decide el expediente D-11123 habrá operado para el presente proceso el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

4. Aduce que en efecto, al revisar el expediente en comento, se encuentra que quienes allí actúan como accionantes, formularon demanda contra el artículo 118 (parcial) del Decreto 2241 de 1986, ahora nuevamente demandado, en atención a que consideraron que resultaba inconstitucional que el Presidente del Jurado determinara los motivos que constituyen perturbación del proceso de votación y ordenara la retención sin que mediara una orden de autoridad judicial competente.

5. Asevera que en otras palabras, lo que en ambas demandas se cuestiona es si un

particular que temporalmente ejerce función pública, en virtud de una obligación legal de un día, puede imponer una medida restrictiva de libertad cuando hay una perturbación del proceso electoral que él preside. Por otro lado, asegura que en razón a la identidad de los cargos y a que esa jefatura ya se ha pronunciado sobre cada uno de ellos, es suficiente reiterar los argumentos esgrimidos con respecto a expediente D-11123 y, por este motivo, solicitar a la Corte que se esté a lo allí resuelto.

6. Arguye que la inconstitucionalidad de la expresión acusada tiene dos causas, siendo la primera referente a la autoridad facultada para imponer la retención y la segunda concerniente a la proporcionalidad entre la medida y el fin perseguido; según lo dispuesto en la norma demandada, quien impone la medida no es una autoridad judicial competente para ello y, además, existen otros medios menos lesivos para la libertad personal que permiten satisfacer el fin perseguido.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Conforme al artículo 241 ordinal 7º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de la expresión demandada contenida en el artículo 118 del Decreto 2241 de 1986 “por el cual se dicta el Código Electoral, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de un Decreto Legislativo dictado por el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Carta.

### 2. Problema jurídico

2.1. En el presente caso, corresponde a la Corte Constitucional determinar si: ¿El legislador atentó contra el debido proceso y el principio de reserva judicial para decretar medidas privativas de la libertad, al conceder a los Presidentes del Jurado de votación la competencia para ordenar la retención “hasta el día siguiente de las elecciones” de quienes “en cualquier forma” perturben el ejercicio del sufragio, si previamente les ha ordenado retirarse del lugar pero han desobedecido?

2.2. Sin embargo, teniendo en cuenta que, durante el trámite del expediente y mediante

Sentencia C-329 de 2016[3] esta Corporación declaró la inexequibilidad de la misma expresión ahora demandada, contenida en el artículo 118 parcial del Decreto 2241 de 1986 “por el cual se dicta el Código Electoral”, previo a cualquier otra consideración, le corresponde a la Corte Constitucional determinar si existe cosa juzgada constitucional en la materia, que impediría adelantar un nuevo examen. Para el efecto, a continuación se desarrollarán las siguientes temáticas: (i) la cosa juzgada constitucional respecto de la inexequibilidad previa de la norma acusada; y (ii) análisis del caso concreto.

### 3. La Cosa juzgada constitucional en materia de inexequibilidad

#### 3.1 Finalidad

3.1.1. En virtud de lo dispuesto en los artículos 243 de la Carta, 46 y 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y 22 del Decreto 2067 de 1991, los fallos dictados por la Corte Constitucional en materia de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada. Esta Corporación ha desarrollado el alcance de tal figura a lo largo de su jurisprudencia; en la sentencia C-310 de 2002, amplia y continuamente reiterada[4], se sostuvo lo siguiente:

la cosa juzgada constitucional, además de salvaguardar la supremacía normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, pues, por su intermedio, se obliga al organismo de control constitucional a ser consistente con las decisiones que adopta previamente, impidiendo que casos iguales o semejantes sean estudiados y resueltos por el mismo juez en oportunidad diferente y de manera distinta.

3.1.2. En cuanto al alcance de la cosa juzgada constitucional, la jurisprudencia ha considerado que si bien comparte algunas características propias de la cosa juzgada de los fallos judiciales ordinarios, como su fuerza vinculante que impide un nuevo pronunciamiento respecto del mismo asunto, tiene además particularidades derivadas de su naturaleza objetiva y abstracta, así como de su efecto erga omnes, pues “su obligatoriedad no sólo se predica de la norma formalmente analizada sino también de su contenido material y su efecto irradia tanto el contenido actual de la ley estudiada como de la ley posterior”[5].

#### 3.2. Clasificación

La Corte Constitucional a su vez, ha determinado que la cosa juzgada constitucional puede configurarse de distintas formas y generar así mismo distintos efectos en cada caso. De esta manera, la Cosa Juzgada puede ser: (i) formal, cuando recae sobre las disposiciones o enunciados normativos que ha sido objeto de pronunciamiento anterior de la Corte[6]; (ii) material, cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido normativo es decir, la norma[7] en sí misma, es sustancialmente igual a aquel que se examina en una nueva ocasión[8]; (iii) absoluta, que se da por regla general[9], y sucede en aquellos casos en que el Tribunal Constitucional implícita o expresamente manifiesta que el examen realizado a la norma acusada, la confronta con todo el texto constitucional, con independencia de los cargos estudiados explícitamente, lo que impediría la admisión de otra demanda[10]; y (iv) relativa, cuando este Tribunal limita los efectos de la cosa juzgada a los cargos estudiados en el caso concreto a fin de autorizar que en el futuro vuelvan a plantearse argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior.[11]

### 3.3. Efectos

3.3.1. A su vez, y dependiendo de la decisión que tome la Corte en cada caso, la cosa juzgada tiene unos efectos distintos. Así, cuando se trata de una declaratoria de exequibilidad, en general el efecto de la decisión es el de brindar seguridad jurídica, pero en este caso habría que analizar si la decisión tiene alcance absoluto o relativo, y aún en el caso de tratarse de una cosa juzgada absoluta, existe la posibilidad de un futuro examen de la norma basado en un cambio constitucional o en una modificación del contexto jurídico, social o económico que sirvió de parámetro de interpretación para el control de constitucionalidad.

3.3.2. En cambio, si la norma es declarada inexecutable, tendrá efecto de cosa juzgada absoluta[12], por cuanto tal decisión retira del ordenamiento jurídico esa disposición, con independencia de los cargos examinados.

3.3.3. Esa conclusión es obvia si se tiene en cuenta que el objetivo de la demanda de inconstitucionalidad es excluir del ordenamiento jurídico una norma contraria a la Carta[13], por lo que no tiene coherencia examinar nuevamente la disconformidad de una norma que ya ha perdido toda vigencia.

3.3.4. En síntesis, y con respecto a la declaratoria de inexecutable de una ley, la cosa juzgada que recae sobre el mismo texto normativo es absoluta, de manera que una vez declarada la inexecutable de la ley se impone su retiro inmediato del ordenamiento jurídico y se impide que la Corte Constitucional vuelva a pronunciarse sobre la misma norma, pues ésta ya no existe y, por este motivo, no debe ser ni aplicada ni nuevamente enjuiciada; ello con independencia del cargo que originó su disconformidad con la Constitución. Como lo sostiene la sentencia C-148 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) “Ante esa hipótesis, la acción de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano debe ser rechazada, en los términos previamente indicados. Si se trata de demandas que se resuelven de manera sucesiva, y ya haya sido admitida para su control, aquella que sea fallada con posterioridad al pronunciamiento inicial de inexecutable, debe estarse a lo resuelto en la sentencia previa, por existir cosa juzgada constitucional.”

3.3.5. En concordancia con lo anterior, si una ley declarada inexecutable es demandada nuevamente ante la Corte Constitucional, a ésta le corresponde rechazarla o, en el caso de haberse admitido la demanda antes del pronunciamiento de inexecutable, estarse a lo resuelto en su decisión previa, pues opera la cosa juzgada absoluta y no es posible adelantar un nuevo estudio de constitucionalidad sobre la norma, independientemente de que los cargos planteados en la nueva demanda sean distintos a los que fundamentaron la inconstitucionalidad en una primera oportunidad.

3.3.6. No obstante lo anterior, en cada caso es necesario determinar si la declaratoria de inexecutable se originó en vicios de fondo o en vicios de forma, ya que el legislador puede reproducir el texto normativo retirado del ordenamiento jurídico por un defecto procedimental en su formación, y a contrario sensu, si el Congreso reproduce el contenido material de una norma declarada inexecutable por vicios de fondo, la cosa juzgada material impone el deber de estarse a lo resuelto en la decisión anterior, salvo que se hubiere modificado la norma constitucional que produjo la contradicción.

4. Cosa juzgada constitucional respecto de la expresión “Si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones” del artículo 118, Decreto ley 2241 de 1986

4.1. En atención a las anteriores consideraciones, la Sala estudiará a continuación si existe pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación en relación con la norma parcialmente acusada en esta oportunidad.

4.2. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad los ciudadanos Christian Alberto Argüello Gómez y Luz Meralda Rivera Gómez demandaron la expresión “Si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones” del artículo 118 del Decreto ley 2241 de 1986. En su concepto, esta norma vulnera el Preámbulo y los artículos 28, 29 y 85 de la Carta Política.

4.3. La demanda fue admitida, y estableció para su examen el siguiente problema jurídico: “¿Vulnera el legislador los principios de reserva judicial para decretar medidas privativas de la libertad y debido proceso (CP Arts. 28, 29 y 85) al concederles a los Presidentes del Jurado de votación en elecciones competencia para ordenar la retención – “en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones” – de las personas que “en cualquier forma” perturben el ejercicio del sufragio, si previamente les ha ordenado retirarse del lugar pero han desobedecido?”

4.4. Por sentencia C-329 del 22 de junio de 2016[14], la Sala Plena de esta Corporación se pronunció sobre la inconstitucionalidad de la expresión que nuevamente es objeto de reproche en esta oportunidad. Así, en dicha providencia, la Corte consideró, luego de analizar la proporcionalidad en sentido estricto de la expresión acusada, que “La medida es entonces desproporcionada porque interfiere de forma innecesaria, grave y cierta en la libertad personal, en aras de una defensa incierta, intermedia y susceptible de lograrse por otras vías del ejercicio del sufragio. Por lo cual, el segmento normativo de la disposición acusada debe declararse inexecutable.” Y en consecuencia resolvió:

“Declarar INEXEQUIBLE la segunda frase [“Si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones”] del artículo 118, Decreto ley 2241 de 1986 ‘por el cual se adopta el Código Electoral’.”

4.5. Así las cosas, el pronunciamiento de la Corte recayó exactamente sobre la expresión que en esta oportunidad se está demandando, por lo que no procedería un nuevo

pronunciamiento de fondo.

## VII. DECISIÓN

La Sala Plena de la Corte Constitucional no puede adelantar un nuevo examen de constitucionalidad sobre una norma declarada inexecutable con anterioridad, ya que sobre la misma opera la figura de la cosa juzgada constitucional absoluta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

ÚNICO.- ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-329 de 2016, que declaró la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “Si no obedecieren, podrá ordenar que sean retenidas en la cárcel o en algún cuerpo de guardia hasta el día siguiente de las elecciones” contenida en el artículo 118 del Decreto ley 2241 de 1986 “por el cual se adopta el Código Electoral”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrado

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado

Magistrado (E)

ALBERTO ROJAS RÍOS

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia C-720 de 2007. (MP Catalina Botero Marino).

[2] Perturbación del certamen democrático, constreñimiento al sufragante, fraude al sufragante, voto fraudulento, favorecimiento de voto fraudulento, mora en la entrega de documentos relacionados con una votación, alteración de resultados electorales, ocultamiento, retención y posesión de cédulas y la denegación de inscripción.

[3] MP María Victoria Calle Correa.

[4] Sentencia C-310 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada entre otras en las sentencias C-007 de 2016 (MP Alejandro Linares Cantillo), C-090 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-259 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), C-332 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo), C-257 de 2013 (Conjuez P. Jaime Córdoba Triviño), C-241 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), C-393 de 2011 (MP María Victoria Calle Correa), C-600 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), en las que la Corte resalta el efecto de cosa juzgada de aquellas sentencias de la Corte Constitucional dictadas como ejercicio de la función de guarda de la integridad de la Constitución Política.

[5] Ver sentencia C-820 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), citada en la sentencia C-489 de 2009 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) entre otras.

[6] La Corte ha establecido que puede declararse la existencia de cosa juzgada formal, en aquellos casos donde existe un pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior escrutinio constitucional. Al respecto se ha pronunciado esta Corte entre otras en las sentencias C-178 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa), C-805 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), C-457 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-394 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis), C-1148 de 2003 (MP Jaime Córdoba Triviño), C-627 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), C-210 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández), C-030 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), C-1038 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), C-1216 de 2001 (MP Jaime Araujo Rentería), C-1046

de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett), C-774 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-489 de 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz) y C-427 de 1996 (MP Alejandro Martínez Caballero).

[7] Al respecto, la sentencia C-871 de 2014 (MP María Victoria Calle Correa) explicó: “Las normas, siguiendo con esta construcción, no son los textos legales sino su significado. Ese significado, a su vez, solo puede hallarse por vía interpretativa y, en consecuencia, a un solo texto legal pueden atribuírsele (potencialmente) diversos contenidos normativos, según la forma en que cada intérprete les atribuye significado.”

[8] Sobre el particular la sentencia C-148 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) explicó que la cosa juzgada material se produce “cuando existen dos disposiciones distintas que, sin embargo, tienen el mismo contenido normativo, de manera tal que frente a una de ellas existe ya un juicio de constitucionalidad por parte de este Tribunal.”.

[9] La sentencia C-037 de 1996 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), que al interpretar el artículo 46 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia puntualizó que, “mientras la Corte Constitucional no señale que los efectos de una determinada providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que las sentencias que profiera, hacen tránsito a cosa juzgada absoluta”.

[10] Para consultar los alcances y diferencias entre cosa juzgada relativa y cosa juzgada absoluta se pueden consultar los siguientes fallos: C-148 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado), C-366 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-850 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería), C-710 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-914 de 2004 (Clara Inés Vargas Hernández), C-1004 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-567 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis), C-045 de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil), entre otras.

[11] La Sentencia C-287 de 2014 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), sostiene al respecto: “(...) el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro “se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado”. Sobre el concepto de la cosa juzgada relativa y su alcance limitado al análisis de los cargos, ver las sentencias C-621 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-469 de 2008 (MP Clara Inés Vargas Hernández), C-1122 de 2004 (MP Álvaro Tafur Galvis), C-039 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), C-004 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett), C-310

de 2002 (MP Rodrigo Escobar Gil) y C-774 de 2001(MP Rodrigo Escobar Gil).

[12] Según la sentencia C-148 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado): “Las declaraciones de inexequibilidad que hace la Corte, siempre hacen tránsito a cosa juzgada constitucional absoluta, por cuanto en estos casos las normas acusadas que resultan inconstitucionales, son expulsadas del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, respecto de ellas, no puede volverse a entablar ningún tipo de discusión o debate sobre su constitucionalidad.”

[13] Inclusive, el propio artículo 243 de la Constitución es claro en indicar que una ley declarada inexecutable por vicios de fondo no puede ser reproducida posteriormente, salvo que se hubieren modificado las disposiciones superiores que sirvieron de fundamento al fallo.

[14] MP María Victoria Calle Correa.